

Il contenuto dei decreti legge: norme oppure provvedimenti?

di **Matteo Losana** – *Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Torino*

ABSTRACT: The essay analyzes the Italian constitutional Court's decision regarding the special legal rules introduced in Italian legal order to rebuild the Morandi bridge. Particularly the study focuses on the issue of "specific law" (leggi provvedimento), analyzing the historical meanings of this expression and its use in constitutional jurisprudence.

SOMMARIO: 1. La sentenza riguardante il ponte Morandi – 2. La giurisprudenza costituzionale: l'«amministrazione per (atti aventi forza di) legge» - 3. La giurisprudenza costituzionale: i significati tradizionali – 4. La giurisprudenza costituzionale: il sindacato stretto di costituzionalità – 5. Il sindacato giurisdizionale sull'«amministrazione per (atti aventi forza di) legge» - 6. I rimedi ai decreti legge contenenti norme anziché provvedimenti.

1. La sentenza riguardante il Ponte Morandi

La sentenza della Corte costituzionale n. 168 del 2020 – riguardante la disciplina normativa delle attività di demolizione e ricostruzione del Ponte Morandi, contenuta nel decreto legge n. 108 del 2018 (cosiddetto Decreto Genova) - offre l'occasione per tornare a riflettere sul grande e ancora

· Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

oggi piuttosto controverso tema delle leggi provvedimento. I profili di interesse suscitati dalla sentenza sono, invero, molteplici, ma è l'atteggiamento della Corte dinanzi alle disposizioni aventi un contenuto provvedimentale l'aspetto specifico sul quale si intende concentrare l'attenzione¹. In particolare e in estrema sintesi, le disposizioni oggetto del giudizio di costituzionalità stabiliscono:

- (i) che le operazioni relative alla demolizione e ricostruzione del ponte siano affidate a un commissario straordinario²;
- (ii) che il commissario proceda all'affidamento delle menzionate operazioni mediante una procedura negoziata (*ex art. 32 della direttiva UE 2014/24 del 26 febbraio 2014, relativa agli appalti pubblici*), senza la possibilità di rivolgersi alla società concessionaria del tratto autostradale (ASPI), né agli operatori dalla medesima controllati oppure alla medesima collegati³;
- (iii) che il commissario proceda agli espropri necessari alle operazioni (oppure alla conclusione di accordi di cessione con i proprietari), ponendo le conseguenti indennità a carico del concessionario⁴;
- (iv) che il concessionario consegni al commissario «i tronchi autostradali sul cui esercizio interferiscono i lavori»⁵;
- (v) che – restando comunque impregiudicato ogni accertamento in merito alle responsabilità del crollo – le spese relative alle menzionate operazioni siano a carico del concessionario (responsabile del mantenimento in sicurezza e della funzionalità dell'infrastruttura)⁶.

Chiamato a pronunciarsi sulla legittimità degli atti adottati dal commissario, il TAR della Liguria ha impugnato le menzionate disposizioni dinanzi alla Corte costituzionale, denunciando:

- (i) il carattere provvedimentale delle disposizioni che – senza adeguata motivazione e istruttoria – avrebbero «frustrato il “diritto” di ASPI di ricostruire il ponte»⁷ in forza della convenzione unica del

¹ Per un primo commento della sentenza e un'illustrazione delle varie questioni affrontate dalla Corte cfr. G. Comazzetto, *Ponte Morandi e Corte costituzionale: prime note alla sentenza n. 168 del 2020*, in *Diritto&Conti*, consultabile all'indirizzo www.dirittoeconti.it.

² Cfr. art. 1, comma 1, del decreto legge n. 109 del 2018, convertito con modificazioni nella l. n. 130 del 2018.

³ Cfr. l'art. 1, comma 7, del medesimo decreto legge.

⁴ Cfr. l'art. 1-bis e 4-bis del medesimo decreto legge.

⁵ Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 1.5. del *Considerato in diritto*. Cfr. l'art. 1-ter del menzionato decreto legge.

⁶ Cfr. l'art. 1, comma 6, del medesimo decreto legge.

⁷ Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 2.1. del *Considerato in diritto*.

12 ottobre 2007⁸ (si tratterebbe, in buona sostanza, di un intervento legislativo «arbitrario, sproporzionato e irragionevole», lesivo, come tale, degli artt. 3, 23 e 97 Cost.);

(ii) la sottrazione ad ASPI del «“diritto” di espropriare le aree interessate dai lavori»⁹ (e la conseguente violazione degli artt. 3 e 97 Cost.);

(iii) l'estromissione di ASPI dalla procedura negoziata senza pubblicazione (si tratterebbe di una «sanzione irragionevole e sproporzionata, priva di motivazione sull'interesse pubblico sottostante, e basata su motivazioni illogiche ed incongrue»¹⁰, contraria agli artt. 3, 23, 41 e 97 Cost.);

(iv) la violazione del diritto di ASPI di difendersi in un “giusto processo” (traducibile nella violazione degli artt. 24 e 111 Cost.);

(v) l'irragionevolezza dell'esclusione dalla procedura negoziata delle società collegate al concessionario, prive di responsabilità per il crollo del ponte (e la conseguente violazione degli artt. 3, 41 e 111 Cost.);

(vi) la previsione che, ponendo a carico di ASPI i costi delle operazioni e dell'acquisizione delle aree, grava la medesima di una «prestazione correlata alla responsabilità contrattuale o aquiliana, nonostante quest'ultima non sia stata [ancora] accertata in giudizio, con invasione della riserva di giurisdizione»¹¹ (e la conseguente violazione degli artt. 3, 24, 97, 102, 103 e 111 Cost.);

(vii) la previsione che pone a carico di ASPI anche i costi di acquisizione delle aree senza un'adeguata quantificazione legale (e la conseguente violazione degli artt. 3, 23 e 97 Cost.);

(viii) l'irragionevolezza della previsione che pone a carico di ASPI anche i costi delle aree estranee al crollo del ponte (e la conseguente violazione – ancora sotto il profilo della ragionevolezza – dell'art. 3 Cost.).

Nonostante l'attesa per la pronuncia (testimoniata, tra l'altro, dal fatto che la Corte ha dedicato alla stessa ben due comunicati stampa¹²), il rigetto delle questioni di legittimità sollevate dal TAR per la Liguria era, tutto sommato, prevedibile. L'assoluta straordinarietà e drammaticità dell'evento e la necessità di ripristinare in tempi rapidi un tratto autostradale fondamentale per la viabilità nazionale rappresentano, infatti, ragioni giustificatrici dell'intervento legislativo emergenziale

⁸ Secondo i rimettenti le attività affidate dal decreto legge impugnato al Commissario rientrerebbero tra gli obblighi convenzionali sanciti dall'art. 3, comma 1, lettera b) della convenzione – dedicato, appunto, agli “Obblighi del concessionario” – ai sensi del quale ASPI è tenuta «a propria cura e spese [...] al mantenimento della funzionalità delle infrastrutture concesse attraverso la manutenzione e riparazione tempestiva delle stesse».

⁹ Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 2.2. del *Considerato in diritto*.

¹⁰ Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 2.3. del *Considerato in diritto*.

¹¹ Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 2.4. del *Considerato in diritto*.

¹² Cfr. Ufficio stampa della Corte costituzionale, comunicato dell'8 luglio 2020 e comunicato del 27 luglio 2020.

difficilmente contestabili. Sotto questo punto di vista, dunque, il dispositivo di rigetto appare senza dubbio condivisibile. Meno convincente pare invece l'ampio spazio dedicato dalla pronuncia al «carattere provvedimentale» delle disposizioni censurate¹³. Perché mai – esplicitando la domanda di fondo che anima queste riflessioni – disposizioni contenute in un decreto legge dovrebbero essere ascritte alla controversa classe delle leggi provvedimento? Nonostante la fermezza, sul punto, della Corte, l'espressione legge provvedimento andrebbe forse riferita non ai decreti legge, bensì alle sole leggi formali ordinarie. Buoni argomenti di ordine storico, letterale e sistematico sembrano, infatti, spingere in questa direzione.

2. La giurisprudenza costituzionale: l'«amministrazione per (atti aventi forza di) legge»

Ascrivere alla categoria delle leggi provvedimento disposizioni contenute in un decreto legge non rappresenta certo una novità. Pur nella difficoltà di un censimento rigoroso¹⁴, le disposizioni solitamente qualificate come leggi provvedimento dalla Corte sono contenute in leggi regionali oppure proprio in atti aventi forza di legge. Molto raramente la Corte riconosce, esplicitamente, il carattere provvedimentale di una disposizione contenuta in una legge formale ordinaria¹⁵. Se – ad esempio – prendiamo in considerazione le quindici pronunce che, nel periodo 2015-2020, hanno utilizzato (in modo esplicito e argomentato) l'espressione legge provvedimento osserviamo che: 8 pronunce (circa il 53%) riguardano leggi regionali; 6 pronunce (il 40%) riguardano decreti legge; 1 pronuncia soltanto (circa il 7%) riguarda una legge formale ordinaria.

Nella giurisprudenza costituzionale sembra, dunque, rompersi quel nesso strutturale che la dottrina – già a partire dalla riflessione scientifica di inizio novecento¹⁶ – ha sempre individuato tra le leggi provvedimento e il fenomeno dell'«amministrazione per legge» (parlamentare)¹⁷. Con riferimento alle fonti statali, sembra pertanto preferibile discutere oggi non più di «amministrazione

¹³ Così esplicitamente Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 15 del *Considerato in diritto*.

¹⁴ Talvolta la Corte – pur non utilizzando esplicitamente l'espressione legge provvedimento – affronta comunque il “problema” del contenuto provvedimentale dell'atto legislativo impugnato. Cfr. M. Losana, *Leggi provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, 53-54.

¹⁵ Cfr. M. Losana, *Leggi provvedimento?*, cit., 60-61.

¹⁶ Cfr. F. Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, Società Editrice Libreria, Milano, 1901, 100.

¹⁷ Per un'accurata analisi delle leggi provvedimento nella prospettiva specifica dell'«amministrazione per legge» cfr., in particolare, S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, Milano, 2007, spec. 7 e segg.

per legge», bensì di «amministrazione per (atti aventi forza di) legge»¹⁸. Per la Corte, la legge provvedimento non rappresenta più lo strumento attraverso cui il Parlamento afferma il suo «diritto all'ultima parola»¹⁹, bensì il mezzo con il quale il Governo realizza in modo, tendenzialmente immediato, il proprio indirizzo politico²⁰. Tramite l'atto avente forza di legge dal contenuto provvedimentale, infatti, l'organo esecutivo tende ad appropriarsi sia della funzione legislativa (*normalmente* attribuita, seppur secondo il principio di maggioranza, al complesso delle forze politiche rappresentate in Parlamento), sia della funzione amministrativa (*normalmente* attribuita a organi dotati di discrezionalità, appunto, amministrativa e non politica). In questa prospettiva, il fenomeno dell'«amministrazione per (atti aventi forza di) legge» può essere letto come uno dei tanti indici – che si aggiunge a quelli già segnalati dalla dottrina - della torsione “maggioritaria” della nostra forma di governo (e, conseguentemente, del nostro sistema delle fonti)²¹.

3. La giurisprudenza costituzionale: i significati tradizionali

Nella giurisprudenza costituzionale, ai fini dell'inquadramento delle singole disposizioni tra le leggi provvedimento, la forma tipica dell'atto censurato non sembra dunque assumere alcun rilievo particolare²². È solamente il contenuto a orientare la qualificazione dello stesso²³. Così, anche nella sentenza in commento, la Corte riconosce il «carattere provvedimentale» del censurato decreto in quanto contenente «previsioni «di contenuto particolare e concreto» che incidono «su un numero

¹⁸ Cfr. M. Losana, *Leggi provvedimento?*, cit., 68 e segg.; Id., *Questioni ambientali e amministrazione per atti aventi forza di legge* (nota a Tar Campania, sentenza n. 1471/2016), in *Osservatorio costituzionale AIC*, fasc. n. 2/2016, 1 e segg.

¹⁹ In questo senso, cfr. M. Dogliani, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, *Dir. Pubbl.*, fasc. n. 1, 2008, 11.

²⁰ Sul concetto di «indirizzo politico» inteso quale «potere di parte, effettivo in quanto imposto da forze concrete (da frazioni della società) che hanno conquistato la prevalenza sulle altre» cfr. M. Dogliani, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1985, 83.; Id., *Indirizzo politico* (voce), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Vol. VIII, Utet, Torino, 1993, 254. Sul legame tra il concetto di «indirizzo politico» e il concetto di costituzione materiale cfr., in particolare, T. Martines, *Indirizzo politico* (voce), in *Enc. Dir.*, Vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1971, 139 e segg. Trova, dunque, conferma nella giurisprudenza costituzionale l'osservazione di chi – già negli anni '70 del secolo scorso – aveva messo in luce la provenienza prevalentemente governativa (almeno sul versante dell'iniziativa) delle leggi provvedimento (cfr. M. Cammelli, *Premesse allo studio delle leggi-provvedimento regionali*, in *Riv. Trm. Dir. Proc. Civ.*, 1971, 1343 spec. nota n. 8 che richiama gli studi sulla legislazione di Predieri).

²¹ Sul concetto di «democrazia maggioritaria» e sugli elementi costitutivi del concetto medesimo cfr. S. Bartole *Democrazia maggioritaria* (voce), in *Enc. Dir.*, Aggiornamenti V, Giuffrè, Milano, 2001, 346 e segg.

²² Cfr. M. Losana, *Leggi provvedimento?*, cit., spec. 60 e segg.

²³ Cfr. M. Losana, *Leggi provvedimento?*, cit., spec. 83 e segg.

limitato di destinatari, attraendo nella sfera legislativa quanto normalmente affidato all'autorità amministrativa» (sentenza n. 114 del 2017)»²⁴.

Sottolineando la «concretezza» del contenuto legislativo e l'ambito circoscritto dei destinatari della legge, la Corte sembra evocare, in prima battuta, il significato più classico e intuitivo dell'espressione legge provvedimento, quello nato in opposizione al concetto di «legge senza aggettivi»²⁵. L'idea «classica» racchiusa in questo significato è che la legge (più in generale la regola di diritto) debba contenere *norme* e non *provvedimenti*²⁶: regole generali e astratte e non prescrizioni individuali e concrete. Si tratta, come noto, di un'idea che ha origini remote²⁷, ma che trova nella riflessione filosofica dei padri spirituali della Rivoluzione francese²⁸ la sua formulazione più esplicita e influente²⁹. Nella prospettiva rivoluzionaria, la legge non rappresenta più l'interesse particolare di qualche ordine o ceto, bensì l'espressione di una *volontà* (più) *generale*. Conseguentemente è proprio «nella generalità della disposizione il segno distintivo della legge e l'elemento essenziale della sua definizione»³⁰. La «vera legge» è solamente quella che – tramite disposizioni generali e astratte – realizza il principio di uguaglianza, oramai solennemente

²⁴ Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 15 del *Considerato in diritto*.

²⁵ Così G.U. Rescigno, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 321. Cfr., altresì, G. Arconzo, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Giuffrè, Milano, 2013, 116, che parla, al riguardo, di leggi provvedimento «per eccellenza».

²⁶ Secondo la ormai classica distinzione proposta da L. Paladin, *La legge come norma e come provvedimento*, in *Giur. Cost.*, fasc. n. 14, 1969, 841 e segg.

²⁷ Già Aristotele, come noto, riteneva una caratteristica naturale della legge il fatto di pronunciarsi in termini universali, tralasciando ciò che «fuoriesce dall'universale». Ogni legge – osserva Aristotele – «dice in universale, mentre su alcuni episodi non è possibile dire correttamente in universale. Pertanto in quelle cose dove è necessario dire in universale, ma non è possibile dire correttamente, la legge si attiene a ciò che è per lo più, non ignorando quel che viene errato. Ed essa non è per niente meno retta: l'errore non è infatti nella legge né nel legislatore, ma nella natura del fatto» (così Aristotele, *Etica Nicomachea*, V, trad. di Marcello Zanatta, Rizzoli, Milano, IX ed., 2001, 379- 380).

²⁸ Cfr. J.J. Rousseau, *Le Contrat social*, trad. It. di V. Gerratana, *Il Contratto sociale*, Libro II, VI, Einaudi, Torino, 1996, 53-54: «quando dico che l'oggetto delle leggi è sempre generale, – osserva il filosofo – intendo che la legge considera i suoi sudditi come corpo collettivo e le azioni come astratte, mai un uomo come individuo né un'azione come particolare. Così la legge potrà stabilire che vi siano privilegi, ma non può darne nominativamente a nessuno; la legge può costituire diverse classi di cittadini, stabilire anche i requisiti che daranno diritto a queste classi, ma non può eleggere un re, né nominare una famiglia reale: in una parola, ogni funzione che si riferisca a un oggetto individuale non appartiene al potere legislativo». Cfr., altresì, Montesquieu, *De l'esprit des lois*, trad. it. di B. Boffitto Serra, *Lo spirito delle leggi*, Libro XI, Cap. VI, Rizzoli, Milano, 1989, 311-312. Anche per Montesquieu la generalità dell'atto legislativo discende, in qualche modo, dal legame tra la legge e la volontà generale. E questa caratteristica, ancora una volta naturale, della legge si riflette sia sul versante organizzativo dello Stato, sia sul versante delle garanzie dei diritti individuali.

²⁹ Cfr. N. Bobbio, *Norma giuridica*, in *Noviss. Dig. It.*, Vol. XI, Utet, Torino, 1965, 331 e segg.

³⁰ Così R. Carré de Melberg, *La loi expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1975*, trad. it. Di M. Calamo Specchia, *La legge espressione della volontà generale*, Giuffrè, Milano, 2008, 12.

proclamato dalla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789³¹. Peraltro, dietro la degenerazione in senso provvedimentale della legge non si cela una “semplice” violazione del principio di uguaglianza, ma qualcosa di ancora più profondo: il tradimento della natura (e dunque del concetto stesso) di legge senza aggettivi.

La sentenza in commento sembra evocare anche un altro e, almeno per certi versi meno intuitivo, significato dell'espressione legge provvedimento, identificato spesso dalla formula «legge in luogo di provvedimento»³². Riferendosi alle leggi che rivestono con forma legislativa oggetti «normalmente» affidati all'autorità amministrativa, la Corte sembra infatti alludere a quel particolare significato dell'espressione che si è delineato nel corso del dibattito intorno al concetto di *legge in senso materiale* (dibattito germogliato, come noto, in riferimento all'esercizio della funzione legislativa nelle monarchie costituzionali della seconda metà dell'Ottocento³³). Almeno nella sua formulazione originaria³⁴, la distinzione tra legge in senso materiale e legge formale aveva un obiettivo politico preciso: sottrarre l'esecutivo dal sempre più penetrante controllo parlamentare. Nel contesto delle monarchie costituzionali, infatti, quel dibattito rifletteva lo scontro tra i supremi organi costituzionali e le componenti sociali che i medesimi rappresentavano (il Parlamento e la borghesia industriale, da un lato, l'esecutivo monarchico e l'aristocrazia dall'altro). Attraverso quella distinzione «si voleva affermare che l'organo legislativo doveva preoccuparsi di fare soltanto determinate cose e non altre, che la sua sfera d'azione doveva intendersi delimitata e circoscritta rispetto a quella, ed a favore di quella, riconosciuta propria di un altro organo costituzionale: rispetto cioè all'«esecutivo monarchico» ed a favore di questo»³⁵. In questa prospettiva, dietro la degenerazione in senso provvedimentale della legge non si cela più un

³¹ Cfr. L. Paladin, *Il principio costituzionale di uguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, 24.

³² Così – riprendendo la nota distinzione di Mortati tra leggi provvedimento innovative e leggi provvedimento esecutive – A. Franco, *Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principio del giusto procedimento*, in *Giur. Cost.*, 1989, 1057.

³³ Cfr. P. Laband, *Staatsrecht des deutschen Reiches Das Bundgetrecht*, trad. it. di C. Forte in P. Laband, *Il diritto del bilancio*, Giuffrè, Milano, 2007, 160.

³⁴ I concetti di legge materiale elaborati dalla giuspubblicistica tedesca sono, come noto, almeno tre: (i) innanzitutto, quello che – in armonia con la tradizione francese rivoluzionaria – identifica la legge materiale con la regola generale e astratta; (ii) in secondo luogo quello che identifica la legge con la regola giuridica che interviene a innovare lo status giuridico dei cittadini (si tratta del concetto esposto nel testo); (iii) infine, quello che identifica la legge con la regola che limita i diritti di libertà e proprietà dei cittadini. Su queste tre diverse declinazioni del concetto in commento cfr. C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, trad. it. di Pierangelo Schiera, *Legalità e legittimità*, in C. Schmitt, *Le categorie del politico*, Bologna, il Mulino, 1972, 220; S. Fois, *La “Riserva di legge”. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, Giuffrè, 1962, 23.

³⁵ Così S. Fois, *La “Riserva di legge”*, cit., 28.

“problema di uguaglianza” (riguardante, come tale, la sola forma di stato), bensì una questione organizzativa, riguardante i rapporti tra l’organo legislativo e quello esecutivo (una questione, dunque, riguardante principalmente la forma di governo).

Solamente con l’entrata in vigore delle costituzioni rigide del secondo dopoguerra e lo sviluppo in senso monista della forma di governo parlamentare il legame originario tra le leggi provvedimento e la polemica antiparlamentare sembra allentarsi, senza peraltro scomparire del tutto. Innanzitutto, lo Stato sociale, da un lato, e l’allargamento del circuito della rappresentanza politica, dall’altro lato, avrebbero definitivamente messo in discussione il “mito” liberale della legge generale e astratta. In questa nuova prospettiva, le leggi provvedimento non rappresenterebbero più il sintomo evidente di una patologia che affligge il Parlamento, bensì la conseguenza fisiologica dei nuovi traguardi di giustizia materiale sanciti dalla Costituzione³⁶. Nelle democrazie pluraliste – si è osservato – la legge «è [sempre più] l’esito di un processo politico nel quale operano numerosi soggetti sociali particolari (gruppi di pressione, sindacati, partiti). Il risultato di questo processo a più voci è per sua natura segnato dai caratteri di occasionalità. Ciascuno degli attori sociali, quando ritiene di aver acquisito una forza sufficiente per spostare a proprio favore i termini dell’accordo, richiede l’approvazione di nuove leggi che sanciscano il nuovo rapporto di forze. E questa occasionalità è la perfetta contraddizione della generalità e dell’astrattezza delle leggi, queste ultime legate a una certa visione razionale del diritto,

³⁶ Cfr. E. Forsthoff, *Le leggi-provvedimento*, in Id., *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973, 105 e segg. L’idea che esista un nesso fisiologico tra le «leggi provvedimento» e lo stato costituzionale (e, più in generale, tra leggi a basso tasso di generalità e astrattezza e forma di stato sociale) è peraltro piuttosto diffusa. Con la trasformazione dello stato di diritto liberale in stato sociale – si è detto – «le leggi, molte leggi, perdono i loro connotati tipici – preventività, generalità, astrattezza – per trasformarsi in veri e propri provvedimenti, tempestivamente prodotti, a volte retroattivi, con contenuto prescrittivo, individuale e concreto; non più la norma, ma la misura particolare diretta a fronteggiare con immediatezza e nella sua specificità un pubblico interesse, una determinata necessità, una situazione più o meno urgente» (così F. Modugno – D. Nocilla, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. Soc.*, 3, 1989, 413. In senso conforme cfr. A. Predieri, *Pianificazione e costituzione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1963, 270; L. Paladin, *La legge come norma e come provvedimento*, cit., 885; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 43 e segg.; Id., *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti*, Utet, Torino, 156; G. Arconzo, *Contributo allo studio della funzione legislativa provvedimentale*, cit., 49 e segg. *Contra* F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2009, 120, il quale osserva: «[...] se è compito dello Stato sociale rimuovere gli ostacoli che impediscono alle categorie più disagiate di partecipare – in condizioni di vera uguaglianza – alla vita politica, economica e sociale del Paese, assicurare ai meno abbienti condizioni di vita dignitose, redistribuire ricchezze, offrire sicurezza sociale, fornire servizi pubblici, e via seguitando, non è detto che queste prestazioni vadano realizzate con lo strumento legislativo e non debbano essere erogate dall’autorità amministrativa sulla base di preve determinazioni normative. In altre parole – conclude l’Autore sul punto – la circostanza che lo Stato sociale assuma su di sé compiti ulteriori rispetto a quelli dello Stato liberale di per sé non comporta alcuna alterazione nei rapporti tra legislazione ed amministrazione».

impermeabile al puro gioco dei rapporti di forza»³⁷. In secondo luogo, l'idea cardine del parlamentarismo monista – la subordinazione, tramite il rapporto di fiducia e il principio di legalità, dell'organo esecutivo a quello rappresentativo – avrebbe dovuto scoraggiare ulteriori tentativi di argomentare l'esistenza di un confine invalicabile tra la funzione legislativa (il *disporre* in termini generali e astratti) e la funzione amministrativa (il *provvedere* per i casi concreti)³⁸. Ecco allora che, nel nuovo ordinamento costituzionale, l'espressione legge provvedimento si arricchisce di un altro significato, più coerente con i nuovi principi costituzionali riguardanti la forma di governo e la tutela dei diritti fondamentali. Sono, dunque, leggi provvedimento non solo le leggi prive di generalità e astrattezza e le «leggi in luogo di provvedimento», ma anche gli atti legislativi che, avendo un contenuto tipicamente amministrativo, limitano le garanzie procedurali e giurisdizionali poste a presidio dei comuni provvedimenti amministrativi³⁹ e quelli che interferiscono con la funzione giurisdizionale (ad esempio, incidendo retroattivamente su questioni ormai coperte dal giudicato⁴⁰). Nello stato costituzionale, il sospetto è che dietro la degenerazione provvedimentale della legge si celi una violazione del diritto individuale alla tutela giurisdizionale e dei principi organizzativi relativi alla giurisdizione, funzionali all'attuazione del medesimo diritto. Si tratta, dunque, di un significato sempre più ampio e complesso, che abbraccia questioni riguardanti sia la forma di stato, sia la forma di governo.

Pertanto, i tre significati tradizionali dell'espressione legge provvedimento richiamati condividono, seppur con accenti diversi, il medesimo bersaglio polemico: il modo in cui il Parlamento ha esercitato la propria funzione legislativa. Nei tre significati, ciò che muta è solamente il soggetto nel cui interesse la polemica è condotta: la borghesia che lotta per rovesciare l'ordine costituito (nel periodo rivoluzionario e, poi, nello Stato liberale di diritto); l'esecutivo fedele alla Corona che combatte per conservare la propria autonomia nei confronti dell'ingerenza parlamentare (nel periodo delle monarchie limitate); il singolo individuo che rivendica il diritto,

³⁷ Così G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 44. Al riguardo cfr. altresì Id., *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti*, cit., spec. 154-155.

³⁸ Per la notissima distinzione tra il prevedere e il provvedere cfr. V. Crisafulli, *Atto normativo*, in *Enc. Dir.*, Vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, 255; Id., *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. Cost.*, 1962, 133.

³⁹ Questa, come noto, era la ragione sottostante la scelta di procedere all'attuazione della riforma fondiaria del 1950 tramite decreti governativi di esproprio aventi valore di legge. Sul punto cfr. A. Amorth, *La costituzionalità della delegazione legislativa per la riforma fondiaria e l'impugnativa dei decreti espropriativi avanti al Consiglio di Stato*, in *Giur. It.*, IV, 1952, 73 e segg.; A.M. Sandulli, *Osservazioni sulla costituzionalità delle deleghe in materia di riforma fondiaria*, in *Foro Amm.*, IV, 1952, 1 e segg.

⁴⁰ Su queste ipotesi cfr. G. Arconzo, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, cit., 121.

ormai costituzionalmente protetto, alla legittimità dei provvedimenti amministrativi e degli atti giurisdizionali (nello stato costituzionale). Ciò che invece sembra rimanere fermo è l'accento polemico verso le degenerazioni del parlamentarismo⁴¹. Questo accento – è bene precisare – sopravvive anche nel terzo e apparentemente meno polemico significato. La particolare declinazione dell'espressione legge provvedimento che si consolida nello stato costituzionale è, in qualche modo, figlia delle riflessioni intorno al fenomeno genericamente denominato «crisi della legge»⁴². Sulle cause del fenomeno si continua a discutere, mentre sugli esiti l'opinione sembra più concorde: un progressivo svilimento della funzione legislativa cui corrisponde un progressivo rafforzamento della funzione giurisdizionale⁴³. Proprio la (iper)valorizzazione della funzione giurisdizionale – intesa quale garanzia ultima (se non unica) dei diritti fondamentali - costituirebbe l'identità più profonda dello stato costituzionale⁴⁴. Si tratta di un'identità forte, che incide sulle coordinate tradizionali del dibattito intorno alle leggi provvedimento, consolidando l'idea che gli argini alla degenerazione provvedimento della legge vadano cercati non più nel procedimento legislativo, bensì nella funzione giurisdizionale e nella sua capacità di sindacare in profondità ogni scelta irragionevole, anche se rivestita con la forma legislativa. Proprio questa fiducia nella giurisdizione – fondata sul presupposto della «normale irrazionalità del legislatore»⁴⁵ - rappresenta il sintomo più evidente di un perdurante sentimento antiparlamentare: «se oggi abbiamo una giuspubblicistica che si divide equamente tra amministrativisti concordi nel magnificare il ruolo del giudice amministrativo come campione del controllo (che si vuole “penetrante”) sulla ragionevolezza dell'amministrazione, e costituzionalisti concordi nel magnificare il ruolo del giudice costituzionale come campione del controllo (che si vuole altrettanto “penetrante”) sulla ragionevolezza della legislazione, tutto ciò non significa che il principio rappresentativo (che

⁴¹ In accordo con l'antiparlamentarismo italiano di fine ottocento (e a differenza, ad esempio, dell'antiparlamentarismo radicale di Carl Schmitt) la critica sottesa all'espressione legge provvedimento – è bene precisare – non riguarda l'istituzione parlamentare, bensì le sole “esagerazioni” del parlamentarismo (sul punto cfr. T.E. Frosini, *L'antiparlamentarismo e i suoi interpreti*, in *Rass. Parl.*, fasc. n. 4, 2008, 845 e segg.).

⁴² Cfr. F. Modugno – D. Nocilla, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, cit., 412 e segg.; P. Caretti, *La “crisi” della legge parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. n. 1, 2010, 1 e segg.

⁴³ Cfr. M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. n. 1, 2016, 7 e segg. Per una rassegna dei fattori (culturali, dogmatici e interpretativi) che hanno causato un progressivo rafforzamento della giurisdizione cfr. M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. Cost.*, 2012, 3828 e segg.

⁴⁴ Cfr. M. Dogliani, *I diritti fondamentali*, in M. Fioravanti, *Il valore della Costituzione*, Laterza, Bari, 2009, 41 e segg.

⁴⁵ Così M. Dogliani, *Riserva di amministrazione?*, in *Dir. Pubbl.*, fasc. n. 3, 2000, 678.

sostiene la legittimazione degli amministratori locali e regionali, e del legislatore nazionale e regionale) non gode di troppo buona salute?»⁴⁶. Dunque, è sempre il Parlamento ostaggio di interessi particolari – che trovano nelle «leggine» la loro manifestazione più evidente⁴⁷ - il nemico che l'espressione legge provvedimento, comunque declinata, vuole smascherare.

4. La giurisprudenza costituzionale: il sindacato stretto di costituzionalità

In armonia con un oramai consolidato orientamento giurisprudenziale⁴⁸, anche la sentenza in commento ritiene necessario svolgere sull'atto provvedimentale impugnato un sindacato di costituzionalità particolarmente rigoroso. Dal carattere provvedimentale dell'atto – osserva, infatti, la Corte - discende «la necessità, pienamente conforme alla giurisprudenza di questa Corte, di uno scrutinio di costituzionalità stretto, ovvero particolarmente severo, poiché in norme siffatte è insito il pericolo di un arbitrio, connesso alla potenziale deviazione, in danno di determinati soggetti, dal comune trattamento riservato dalla legge a tutti i consociati»⁴⁹. Nonostante la frequenza dei richiami, i contorni del «sindacato stretto» di costituzionalità paiono, ancora oggi, piuttosto incerti. È opinione ampiamente condivisa che alle impegnative affermazioni di principio non sia poi seguito, molto spesso, un sindacato particolarmente severo, facilmente distinguibile dai giudizi in cui la Corte applica il comune canone della ragionevolezza: «difetta ancora nella giurisprudenza costituzionale un chiaro enunciato di quelli che sono i requisiti di un rigoroso scrutinio di

⁴⁶ Così, ancora, M. Dogliani, *Riserva di amministrazione?*, cit., 678-679.

⁴⁷ Cfr. N. Bobbio, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta*, in Id., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, p. 44; Id., *Le istituzioni parlamentari ieri e oggi*, in L. Piccardi, N. Bobbio, F. Parri, *La sinistra davanti alla crisi del Parlamento*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 21 ss. che definisce la prassi delle c.d. leggine «una delle piaghe del nostro parlamentarismo». Su questa prassi e sulle ragioni che l'hanno determinata cfr. A. Predieri, *Parlamento 1975*, in Id. (a cura di), *Il Parlamento nel sistema politico italiano*, Edizioni di Comunità, Milano, 1975, cit., p. 32 ss.

⁴⁸ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 275 del 2013, punto n. 7 del *Considerato in diritto*; Corte costituzionale, sentenza n. 267 del 2007, punto n. 4 del *Considerato in diritto*; Corte costituzionale, sentenza n. 241 del 2008, punto n. 6.4. del *Considerato in diritto*; Corte costituzionale, sentenza n. 137 del 2009, punto n. 2 del *Considerato in diritto*; Corte costituzionale, sentenza n. 270 del 2010, punto n. 7.2. del *Considerato in diritto*; Corte costituzionale, sentenza n. 289 del 2010, punto n. 3.1. del *Considerato in diritto*; Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013, punto n. 12.1. del *Considerato in diritto*.

⁴⁹ Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 15 del *Considerato in diritto*.

costituzionalità e di quelli che sono, invece, gli elementi del generale controllo di ragionevolezza, come pure la formalizzazione di eventuali gradini intermedi, in questo campo»⁵⁰.

Alla luce di tali perplessità, merita attenzione particolare il tentativo della sentenza in commento di ricostruire la *natura* del giudizio di costituzionalità sulle leggi provvedimento, individuando i passaggi fondamentali nei quali si articola il medesimo giudizio. Prima di elencare i passaggi, la Corte – ritornando sulla dibattuta questione dell'equivalenza delle garanzie offerte dalla giurisdizione costituzionale rispetto a quelle offerte dalla giurisdizione amministrativa⁵¹ - esclude «che l'accertamento della violazione dei principi che presiedono all'attività amministrativa possa essere integralmente invocata anche in caso di leggi provvedimento, conducendo ad un sindacato equipollente, nei criteri e nei modi, a quello al quale è soggetto l'esercizio della discrezionalità amministrativa»⁵². Sul punto la Corte, già dalle prime sentenze riguardanti i decreti di esproprio previsti dalla legge Sila⁵³, non sembra nutrire incertezze: è il legislatore che, dando forma legislativa a provvedimenti amministrativi, estende la giurisdizione costituzionale (e, dunque, il modello di sindacato in essa implicito) su atti altrimenti conosciuti dal giudice amministrativo. Pertanto, a determinare il regime delle impugnazioni non è il contenuto provvedimentale dell'atto, bensì la «natura giuridica» e, dunque, la forma del medesimo⁵⁴. Per il momento, rimangono ancora inascoltate le proposte volte, per un verso, ad adeguare il giudizio di costituzionalità alle caratteristiche del tutto particolari delle leggi provvedimento⁵⁵ e, per altro verso, a estendere alle

⁵⁰ Così A. Cerri, *Scrutinio più o meno rigoroso con riguardo a leggi provvedimento di sanatoria ed alla garanzia dei principi di uguaglianza, imparzialità e buon andamento*, in *Giur. Cost.*, 1999, 1137. In senso analogo cfr., altresì, C. Pinelli, *Cronaca di uno scrutinio stretto annunciato*, in *Giur. Cost.*, 2010, 3739; A. Cardone, *Le leggi-provvedimento e le leggi auto applicative*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 394; G.U. Rescigno, *Ancora sulle leggi-provvedimento, sperando che la corte cambi opinione*, *Giur. Cost.*, 2008, 2882; L. Carlassare, *Garanzia dei diritti e leggi-provvedimento*, in *Giur. Cost.*, 1986, 1493; G. Fontana, *Legge provvedimento regionale contra personam e scrutinio stretto di costituzionalità: un'occasione mancata*, in *Giur. Cost.*, 2014, 3786 e segg.

⁵¹ Per un quadro delle ragioni processuali per le quali il sindacato del giudice amministrativo sarebbe più incisivo di quello svolto dal giudice costituzionale cfr. R. Manfellotti, *Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale avverso le leggi provvedimento*, *Giur. Cost.*, 2010, 3745 e segg.

⁵² Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 15 del *Considerato in diritto*.

⁵³ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 59 del 1957.

⁵⁴ Così F. Cintoli, *Posizioni giuridicamente tutelate nella formazione della legge provvedimento e «valore di legge»*, in AA.VV., *Legge in sostituzione di atto amministrativo. Atti preparatori e attuativi di atto legislativo. Responsabilità del legislatore e responsabilità dell'amministrazione e verso l'amministrazione*, Atti del XLVI Convegno di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 21-23 settembre 2000, Giuffrè, Milano, 2001, 106. Nella giurisprudenza costituzionale cfr., ad esempio, Corte costituzionale, sentenza n. 62 del 1993, punto n. 6 del *Considerato in diritto*.

⁵⁵ Cfr. C. Mortati, *Osservazioni sul sindacato di costituzionalità delle leggi-provvedimento*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Vol. III, Giuffrè, Milano, 1969, 1346; Id., *Le leggi provvedimento*, cit., 166, il quale ritiene che la

leggi provvedimento vizi (come l'eccesso di potere) tipici dei provvedimenti amministrativi⁵⁶. È nel sindacato stretto di ragionevolezza svolto dalla Corte costituzionale che si esaurisce la tutela giurisdizionale nei confronti delle leggi provvedimento⁵⁷.

Ribadita la *natura* costituzionale del sindacato, la Corte, come anticipato, prova a delineare i diversi passaggi argomentativi che caratterizzano il giudizio di costituzionalità sulle leggi provvedimento. Innanzitutto – e questo rappresenta l'aspetto, almeno a prima vista, più innovativo della sentenza – la Corte individua nella (eventuale) motivazione dell'atto provvedimentale uno strumento utile a valutare l'illegittimità costituzionale dell'atto provvedimentale⁵⁸. Pur non mutando il regime giuridico dell'atto impugnato – osserva sul punto la sentenza – il carattere provvedimentale della legge ha comunque una «evidente ricaduta sui criteri con i quali questa Corte è chiamata a porre in essere il proprio controllo di legalità costituzionale, con riferimento, in

peculiarità delle «leggi provvedimento» sia «produttiva di tutta una serie di modificazioni in ordine ai principi [...] che disciplinano il giudizio costituzionale» (modificazioni consistenti: nel potere della Corte di accertare la regolarità della costituzione delle parti nel processo principale; nel dovere della Corte di dichiarare l'improcedibilità del giudizio costituzionale, nel caso in cui le parti del rapporto controverso – portatrici «esclusive» dell'interesse processuale all'azione – non si siano costituite; nella possibilità che la Corte applichi, nel giudizio costituzionale, la disciplina relativa all'intervento dei terzi prevista per i giudizi dinanzi al Consiglio di Stato).

⁵⁶ Il riferimento è alla ricostruzione di C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, cit., p. 235 ss. Secondo l'Autore nel giudizio teso a sindacare l'«eccesso di potere legislativo» delle «leggi provvedimento», la Corte dovrebbe: (i) innanzitutto, verificare che la legge faccia riferimento ai presupposti di fatto e ai motivi che sorreggono la disciplina particolare; (ii) in secondo luogo, indagare la «realtà storica» della situazione di fatto legittimante la scelta legislativa derogativa; (iii) infine, verificare l'adequazione dei presupposti di fatto rispetto alla disciplina singolare, nonché la corrispondenza della medesima con un interesse tutelato dalla Costituzione. Dubbi sulla possibilità di avvicinare la potestà legislativa (anche in riferimento alle norme costituzionali di scopo) alle potestà discrezionali dell'amministrazione mostra, invece, L. Paladin, *Legittimità e merito nel processo costituzionale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1964, spec. 314 segg. Sull'«eccesso di potere legislativo» cfr. C. Mortati, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. It.*, I, 1949, 457 segg.; L. Paladin, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere legislativo ordinario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, 993 segg.; M.S. Giannini, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 1954, 39 segg.; F. Modugno, *Ancora sulla mancata determinazione del thema decidendum e sull'«eccesso di potere legislativo»*, in *Giur. Cost.*, 1982, 2072 segg.; A. Pizzorusso, *Il controllo della Corte Costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1986, 795 segg.; G. Azzariti, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità sul contenuto delle leggi: l'eccesso di potere di potere legislativo come vizio logico intrinseco della legge*, in *Giur. Cost.*, 1989, 653 segg.; A. Celotto, *Corte costituzionale ed «eccesso di potere legislativo»*, in *Giur. Cost.*, 1995, 3724 segg.; G. Scaccia, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. del Dir.*, 1999, 387 segg.

⁵⁷ D'altra parte, la giurisprudenza – superate alcune iniziali incertezze – ha ormai definitivamente ricondotto ogni valutazione riguardante l'«eccesso di potere legislativo» nell'ambito dei giudizi improntati al canone della ragionevolezza (per la ricostruzione di questo percorso giurisprudenziale, cfr. G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 166 ss.).

⁵⁸ Per una ricostruzione dell'atteggiamento complessivo (non circoscritto alle sole leggi provvedimento) della Corte costituzionale nei confronti della motivazione degli atti legislativi cfr. M. Picchi, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Giuffrè, Milano, 2011, 21 e segg.; Id., *L'obbligo di motivazione delle leggi: le ragioni economico-finanziarie degli interventi legislativi secondo la giurisprudenza costituzionale*, in F. Ferraro e S. Zorzetto, (a cura di), *La motivazione delle leggi*, Giappichelli, Torino, 2018, 20 e segg.; S. Boccalatte, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Cedam, Padova, 2008, 140 e segg.

particolare, alla verifica sulla eventuale motivazione che accompagni l'intervento legislativo»⁵⁹. Se è vero – come avvertito dalla stessa Corte – che non sussiste in capo al legislatore l'obbligo di motivare le proprie scelte legislative, è altrettanto vero che «ciò non gli è affatto precluso [...], ed anzi, specie a fronte di un intervento normativo provvedimentale, può proficuamente contribuire a porne in luce le ragioni giustificatrici, agevolando l'interprete e orientando, in prima battuta, il sindacato di legittimità costituzionale»⁶⁰. In questo passaggio, sembrerebbe riemergere in controluce l'argomentazione di Mortati circa l'opportunità di adeguare, anche sotto il profilo della motivazione, il procedimento legislativo al contenuto provvedimentale della legge⁶¹. Peraltro, è la stessa Corte costituzionale a “temperare” subito la portata innovativa del riferimento alla motivazione, specificando che la propria indagine non deve limitarsi «a verificare la validità o la congruità delle motivazioni [...], ovvero del corredo lessicale con cui si esprime la ragione della scelta [quella che si potrebbe definire la motivazione meramente formale], ma deve piuttosto accertare se la norma esprima interessi affidati alla discrezionalità legislativa, e regolati in forma compatibile con la Costituzione»⁶². Detto altrimenti, la Corte esclude esplicitamente che il contenuto provvedimentale dell'atto legislativo incida sul procedimento legislativo, introducendo un obbligo di motivazione formale, altrimenti inesistente. Pertanto – osserva la Corte – «non può essere seguito l'approccio dei rimettenti, volto a rendere causa immediata di illegittimità costituzionale ogni eventuale inadeguatezza della motivazione esplicitata dal legislatore»⁶³. Il riferimento alla motivazione sembra, dunque, una clausola più di stile che di sostanza, dietro la quale si cela, ancora una volta, il consueto sindacato di ragionevolezza. Le formule lessicali attraverso cui la Corte individua i diversi passaggi nei quali si articola il sindacato sulla motivazione delle leggi provvedimento sembrano, in qualche modo, confermare l'impressione. Ciò che la Corte deve valutare, infatti, non sono i «motivi storicamente contingenti» della disposizione, bensì – nell'ordine – «la causa ultima della norma» (intesa «quale componente razionalmente coordinata

⁵⁹ Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 15.1. del *Considerato in diritto*.

⁶⁰ Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 15.1. del *Considerato in diritto*.

⁶¹ Cfr. C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, cit., 125 e segg. Analogamente: con riferimento alle leggi di pianificazione economica ex art. 41, comma 3, Cost. A. Predieri, *Pianificazione e costituzione*, Ed. Comunità, 1963, 305 segg.; con riferimento alle leggi (in particolare di pianificazione) che derogano a una disciplina generale, cfr. A. Barbera, *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1968, 76 e segg. Per una ricostruzione di questi orientamenti cfr. M. Picchi, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, cit., 10 e segg.; S. Boccalatte, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, cit., 131 e segg.

⁶² Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 15.1. del *Considerato in diritto*.

⁶³ Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 15.2. del *Considerato in diritto*.

nel più vasto insieme dell'ordinamento»), «la razionalità oggettiva della disposizione censurata» (per come la medesima «vive nell'ordinamento e per gli effetti che vi produce»), gli «interessi in grado di giustificare la legge» e i «criteri che ispirano le scelte realizzate» (nonché «le relative modalità di attuazione attraverso l'individuazione degli interessi oggetto di tutela»)⁶⁴. Ora – e al di là del tenore, non sempre limpidissimo, delle formule utilizzate - richiamare la *razionalità oggettiva* della disposizione impugnata, gli *interessi* che giustificano la scelta legislativa e i *criteri* che la ispirano, non significa individuare nuovi – e particolarmente stringenti – criteri di giudizio. Significa, ancora una volta, richiamare il consolidato strumentario argomentativo già sperimentato dalla Corte nei comuni giudizi riguardanti la razionalità e la ragionevolezza-proporzionalità delle leggi (giudizi nei quali sono proprio le valutazioni riguardanti la *ratio* delle disposizioni, le finalità perseguite dal legislatore, la congruenza tra i mezzi predisposti e i fini perseguiti e la proporzionalità dei mezzi a orientare la decisione della Corte⁶⁵). Anche il più suggestivo richiamo alla *causa ultima* della legge non sembra, in concreto, facilmente distinguibile dal più consueto riferimento alla *ratio* legislativa⁶⁶.

Un più apprezzabile cambio di direzione si avrebbe, forse, percorrendo fino in fondo la strada imboccata – ma, come detto, subito abbandonata – dalla Corte costituzionale, tesa a valorizzare la motivazione degli atti legislativi a contenuto provvedimentale. In particolare, si potrebbe sostenere che il carattere provvedimentale dell'atto generi, in capo al legislatore, un vero e proprio obbligo di motivazione *formale* (sulla falsariga di quanto oggi previsto per gli atti giuridici dell'Unione europea⁶⁷). Ciò che le leggi provvedimento imporrebbero non è, dunque, un generico

⁶⁴ Tutte le espressioni riportate nel testo sono tratte dalla sentenza della Corte costituzionale n. 168 del 2020, punti n. 15.1. e n. 15.2. del *Considerato in diritto*.

⁶⁵ Cfr. G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Vol. I, Storia, principi, interpretazioni, II ed., il Mulino, Bologna, 2018, 163 e segg. Per una rassegna delle più comuni formule lessicali utilizzate dalla Corte costituzionale nel sindacato di ragionevolezza cfr. Corte costituzionale, Servizio studi, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisdizione delle Corti europee*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Corte costituzionale portoghese, Roma 25-26 ottobre 2013, luglio 2013, spec. 13 e segg., consultabile all'indirizzo internet <https://www.cortecostituzionale.it>.

⁶⁶ Sul punto, peraltro, cfr. Q. Camerlengo, *La causa della legge*, in *Giur. Cost.*, fasc. n. 4, 2014, 3647 e segg.

⁶⁷ Cfr. l'art. 296, par. II, TFUE che estende a tutti gli atti giuridici adottati dalle Istituzioni europee l'obbligo di motivazione precedentemente previsto – dall'art. 253 CE e dall'art. 190 CEE – per i regolamenti, le direttive e le decisioni. Al riguardo, cfr. A. Maffeo, *L'obbligo di motivazione degli atti delle istituzioni dell'Unione europea letto attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *federalismi.it*, fasc. n. 3, 2018, 3 e segg. S. Mangiameli, *La motivazione degli atti normativi europei*, in A.G. Arabia (a cura di), *Motivare la legge? Le norme tra politica, amministrazione, giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2015, 11 e segg. Per un quadro delle diverse opinioni in merito alla

“supplemento” di ragionevolezza, difficilmente apprezzabile in concreto, bensì la manifestazione trasparente delle ragioni che giustificano, nel caso concreto, l'intervento legislativo a contenuto provvedimentale⁶⁸. E nel sindacare la motivazione delle leggi provvedimento, la Corte – come tra l'altro suggerito dal giudice *a quo* – potrebbe attingere agli strumenti di controllo già elaborati dai giudici comuni con riferimento ai provvedimenti amministrativi e giurisdizionali. In questa prospettiva, l'illegittimità costituzionale delle leggi provvedimento andrebbe ravvisata non solo nel caso (concettualmente, ma non praticamente, “agevole”) in cui l'atto violi un qualsivoglia parametro costituzionale materiale, ma anche nel caso (altrettanto “agevole”) in cui il legislatore abbia violato l'obbligo di motivazione che dovrebbe accompagnare questa particolare tipologia di leggi. Il pregio di questa soluzione sarebbe quello di ricondurre il sindacato giurisdizionale sulle leggi provvedimento entro una cornice argomentativa più rigorosa, sottraendolo alle incertezze e alle ambiguità che oggi caratterizzano il controllo di ragionevolezza (soprattutto nella sua versione più stringente). Peraltro, la percorribilità di questa soluzione appare tutt'altro che priva di ostacoli. Innanzitutto, l'obbligo di motivazione formale contrasterebbe con la concezione tradizionale che vuole la funzione legislativa attività libera nel fine⁶⁹. In secondo luogo, l'obbligo di motivazione – rappresentando, in qualche modo, un limite ai “diritti” del parlamento – necessiterebbe di un più

fonte idonea a introdurre, nel nostro ordinamento, l'obbligo di motivazione formale delle leggi cfr. M. Picchi, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, cit., 261 e segg.

⁶⁸ Cfr. *retro* gli Autori citati alla nota n. 61.

⁶⁹ Cfr. V. Crisafulli, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, I, 1937, spec. 425; G. Lombardi, *Motivazione (diritto costituzionale)*, in *Noviss. Dig. It.*, Vol. X, Utet, Torino, 1965, 954 e segg. Dietro l'idea che la legge sia un atto politico libero nel fine si nasconde una concezione “aperta” della Costituzione. In questa prospettiva, le norme costituzionali (salvo le eccezioni legate ai traguardi di giustizia materiale sanciti direttamente dalla stessa Costituzione) rappresenterebbero un limite esterno che il legislatore deve rispettare e non un vincolo positivo che il medesimo deve *sempre* realizzare. Pertanto – come tra l'altro affermato anche da una risalente giurisprudenza costituzionale (Corte costituzionale, sentenza n. 66 del 1964) – l'attività legislativa, anche in presenza di Costituzioni rigide, deve «essere considerata libera nel fine, salvo i casi in cui un fine sia stato prestabilito da una norma costituzionale» (così G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 60). Come noto, altri Autori – muovendo da una concezione “chiusa” della Costituzione – ritengono che l'entrata in vigore delle Costituzioni rigide abbia inciso profondamente sulla funzione legislativa, rendendo la legge un atto non più libero nel fine, bensì funzionalizzato alla realizzazione dei principi costituzionali (cfr. A.S. Agrò, *Art. 3, 1° comma*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 135; F. Modugno, *Legge (Diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 862 e segg.). Proprio la rigidità costituzionale e la conseguente trasformazione della legge in atto discrezionale hanno suggerito approcci maggiormente favorevoli alla motivazione degli atti legislativi (cfr. P. Caretti, *Motivazione I) Diritto costituzionale*, in *Enc. Giur.*, Vol. XXIII, Roma, 1990, 5; cfr. M. Picchi, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, cit., 250 e segg.; Id., *Le ragioni del “legislatore” e la Costituzione*, cit., 20; N. Lupo, *Spunti sulla motivazione della legge, dal punto di vista di un legislatore sempre più “vincolato”*, in F. Ferraro e S. Zorzetto, (a cura di), *La motivazione delle leggi*, cit., 50, per il quale, oltre ai vincoli costituzionali, anche i vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea, dall'ordinamento internazionale e dagli ordinamenti delle autonomie regionali e locali contribuirebbero oggi a rendere la legge un atto sempre più «costretto» e «precario»).

solido fondamento costituzionale⁷⁰. Attraverso interpretazioni estensive e sistematiche sembra, infatti, possibile ampliare e non limitare l'ambito dei diritti sanciti dalla Costituzione⁷¹. Infine, l'introduzione di un obbligo di motivazione per le (sole) leggi provvedimento significherebbe stravolgere l'attuale e piuttosto diffuso convincimento che vede nella giurisdizione l'unico baluardo capace di opporsi alla degenerazione provvedimento delle leggi. Chiedere al legislatore di motivare le proprie scelte a carattere provvedimento – valorizzando la motivazione anche nel momento del sindacato giurisdizionale – significa, infatti, accettare l'idea (tipica del *political constitutionalism*⁷²) che sia il legislatore stesso il custode della ragionevolezza delle leggi provvedimento. Si tratta, come detto, di un'idea che nell'odierno stato costituzionale non sembra godere di ottima salute. L'ostacolo che oggi impedisce di uscire dagli schemi della ragionevolezza non è, dunque, solamente giuridico, ma anche culturale.

5. Il sindacato giurisdizionale sull'«amministrazione per (atti aventi forza di) legge»

Esaurite le affermazioni di principio, la Corte procede a valutare – in concreto – la legittimità costituzionale delle disposizioni provvedimentali impugnate. Secondo la Corte, l'intervento legislativo censurato può essere scomposto in due “passaggi” fondamentali: innanzitutto, «il legislatore ha previsto che il concedente non attivasse la convenzione di cui il concessionario è parte, e dunque non obbligasse quest'ultimo a fornire la prestazione, nonostante ASPI ne avesse la volontà»⁷³; in secondo luogo e - sostiene la Corte – «per coerenza logica»⁷⁴, il legislatore ha escluso il concessionario dalla procedura negoziata. Trovando fondamento «in ragioni obiettive, congruenti

⁷⁰ Per S. Boccalatte, *La motivazione della legge*, cit., 126 e segg. proprio il silenzio della Costituzione sulla motivazione delle leggi rappresenta uno degli argomenti principali spesi dalla dottrina (maggioritaria) «che nega del tutto la configurabilità di un obbligo di motivazione» (cfr., tra i molti, L. Paladin, *Il limite di merito delle leggi regionali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957, 654 e segg.; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988, 152; G. Scaccia, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, 122-123; A. Iannuzzi, *Motivazione (dir. cost.)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. IV, Giuffrè, 2006, Milano, 3757 e segg.).

⁷¹ In questo senso, seppur con riferimento ai tentativi di argomentare il fondamento costituzionale della riserva (strutturale) di amministrazione, M. Dogliani, *Riserva di amministrazione?*, cit., 682-683.

⁷² Così, proprio con riferimento all'obbligo di motivazione degli atti legislativi, N. Lupo, *Spunti sulla motivazione della legge, dal punto di vista di un legislatore sempre più “vincolato”*, cit., 62.

⁷³ Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 16 del *Considerato in diritto*.

⁷⁴ Così, ancora, Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 16 del *Considerato in diritto*.

o connesse con quelle esplicitate»⁷⁵, entrambi i passaggi paiono alla Corte giustificati. Il primo passaggio «è dipeso dall'urgenza di avviare i lavori per ripristinare tempestivamente un tratto autostradale essenziale per i collegamenti nella regione, sia dai dubbi insorti sull'affidabilità del concessionario, alla luce della gravità dell'evento verificatosi e delle risultanze delle prime indagini amministrative»⁷⁶. Il secondo passaggio rappresenta, invece, «la naturale conseguenza» del primo ed è «funzionale anche a determinare una maggiore apertura del settore autostradale alla concorrenza da parte di operatori diversi dai concessionari»⁷⁷. Nonostante il fugace riferimento alla concorrenza, la ragione giustificatrice profonda delle disposizioni censurate sembra concentrarsi, esclusivamente, nella necessità di ripristinare il prima possibile un tratto autostradale essenziale e nella gravità dell'evento (rappresentato dal crollo del Ponte Morandi).

La medesima ragione giustificatrice è poi ribadita – esplicitamente – anche nei successivi snodi argomentativi in cui la Corte esamina, separatamente, i due distinti passaggi. Con riferimento alla mancata attivazione della convenzione, la Corte ritiene «essenziale rammentare che il crollo del Ponte Morandi, causando ben 43 vittime, ha segnato profondamente la coscienza civile nella comunità, e ha aperto una ferita nel rapporto di fiducia che non può mancare tra i consociati e lo stesso apparato pubblico, cui è affidata la cura dei beni primari tra i quali, in primo luogo, la salute e l'incolumità. Esso, inoltre, ha causato gravissimi danni alla rete di trasporto, in un ganglio fondamentale per lo sviluppo economico del paese, per di più di fatto tagliando a metà la città di Genova»⁷⁸. In questo contesto - «segnato [prosegue la Corte] da un grado eccezionale di gravità» - «è tutt'altro che irragionevole, incongrua o sproporzionata la scelta legislativa di affidare la ricostruzione a terzi, anziché al concessionario, il quale, in quanto obbligatovi contrattualmente e custode del bene, avrebbe dovuto provvedere alla manutenzione dell'infrastruttura, e prevenirne il disfacimento»⁷⁹. Con riguardo all'esclusione della concessionaria dalla procedura negoziata, la Corte ribadisce, innanzitutto, come tale scelta rappresenti «il precipitato naturale, e contraddistinto da coerenza intrinseca, della decisione legislativa che il concedente non chiedesse l'esatto adempimento della convenzione da parte di ASPI, in forza dell'obbligo su essa gravante di

⁷⁵ Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 16.1 del *Considerato in diritto*.

⁷⁶ Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 16.1 del *Considerato in diritto*.

⁷⁷ Così, ancora, Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 16.1 del *Considerato in diritto*.

⁷⁸ Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 19 del *Considerato in diritto*.

⁷⁹ Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 19 del *Considerato in diritto*.

ricostruire il ponte, ma le fossero preferiti terzi operatori»⁸⁰. Ribadito lo strettissimo nesso che lega i due passaggi, la Corte giustifica l'esclusione della concessionaria dalla procedura negoziata richiamando «le medesime e solide ragioni di *eccezionale gravità e urgenza*, connesse alla tragedia di Genova e al conseguente deficit di fiducia incorso nei confronti del custode del bene perito, che hanno permesso di escludere l'illegittimità costituzionale della prima e fondamentale scelta legislativa»⁸¹.

Gli argomenti spesi e le formule lessicali utilizzate dalla Corte per valutare, in concreto, la legittimità costituzionale delle disposizioni censurate non paiono pienamente coerenti con le affermazioni di principio nelle quali sono delineati i contorni del sindacato (stretto) di ragionevolezza sulle leggi provvedimento. A ben vedere, infatti, ciò che la Corte vuole giustificare non è il carattere provvedimentale delle disposizioni, bensì la sussistenza in concreto dei presupposti costituzionali che legittimano l'intervento emergenziale (i «casi straordinari di necessità e urgenza», previsti dall'art. 77, comma 2, Cost.). Quale altro obiettivo può avere l'insistente rinvio alle «ragioni di eccezionale gravità e urgenza connesse alla tragedia di Genova» se non quello di giustificare, nel caso concreto, il ricorso allo strumento straordinario del decreto legge? È, dunque, l'abuso del decreto legge ciò che sembra preoccupare davvero la Corte, non i suoi contenuti tipicamente provvedimentali.

D'altra parte, il contenuto provvedimentale di un decreto legge non dovrebbe generare alcun sospetto. Anzi, proprio il carattere provvedimentale del decreto rende, molto spesso, ancora più evidenti le sottostanti ragioni «emergenziali»⁸². Più il decreto è «cucito» su un evento imprevedibile ed eccezione, più il decreto appare giustificato. Due argomenti – uno letterale, l'altro sistematico – sembrano dare qualche fondamento a questa ricostruzione. Innanzitutto, il tenore letterale dell'art. 77, comma 2, Cost. che – come noto – qualifica i decreti legge «provvedimenti provvisori con forza di legge». Il termine «provvedimenti» potrebbe essere inteso non solo come un rafforzativo del carattere provvisorio delle misure emergenziali, ma anche – e soprattutto – come indice del carattere *normalmente* provvedimentale delle misure contenute nei medesimi decreti. Detto altrimenti, la formula costituzionale non andrebbe intesa in senso restrittivo, come semplice

⁸⁰ Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 23.1. del *Considerato in diritto*.

⁸¹ Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 23.1. del *Considerato in diritto*.

⁸² Cfr. M. Losana, *Leggi provvedimento?*, cit., 161. Sul punto cfr., altresì, G. Bernabei, *Carattere provvedimentale della decretazione d'urgenza. L'amministrazione con forza di legge*, Cedam, Padova, 2017, 302 e segg.

autorizzazione esplicita all'adozione «di norme-provvedimento»⁸³. Al contrario, essa andrebbe interpretata *magis ut valeat*, come formula che disegna un vero e proprio modello di produzione legislativa emergenziale dal contenuto tipicamente provvedimentale. In secondo luogo, la stessa Corte costituzionale ha già fornito una lettura sistematica dei presupposti del decreto legge che sembra valorizzare, in qualche modo, il carattere provvedimentale tanto del decreto, quanto della successiva legge di conversione. Secondo quest'orientamento, sia il decreto legge, sia la legge di conversione devono avere, sempre, un contenuto il più possibile *omogeneo*⁸⁴. Pertanto, né il decreto legge, né la legge di conversione devono contenere “norme intrusive”, estranee alle finalità e all'oggetto dell'intervento emergenziale. Le norme “intruse” nel decreto legge – discostandosi dalle ragioni giustificatrici l'intervento emergenziale – sono censurabili per l'evidente difetto dei presupposti di necessità e urgenza previsti dalla Costituzione. Le norme “intruse” nella legge di conversione sono, invece, censurabili per uso improprio del potere di conversione: (c'è chi parla, al riguardo, di «eccesso di potere legislativo»⁸⁵): introducendo in sede di conversione norme eterogenee rispetto al decreto originario, infatti, il Parlamento eserciterebbe impropriamente un «potere che la Costituzione gli attribuisce, con speciali modalità di procedura, allo scopo tipico di convertire, o non, in legge un decreto-legge»⁸⁶. Ora, se è vero che l'omogeneità non rappresenta una

⁸³ Così A. Morrone, *Fonti normative*, il Mulino, Bologna, 2018, 156.

⁸⁴ Il riferimento è alla “svolta” segnata dalle sentenze n. 171 del 2007, punto n. 6 del *Considerato in diritto*, e n. 128 del 2008, punto n. 8.1. del *Considerato in diritto*. Con riferimento alle menzionate sentenze parla di “svolta” A. Celotto, *L'abuso del decreto-legge: un problema noto da oltre 150 anni (Cenni di prassi e controlli della Corte costituzionale)*, in R. Calvano (a cura di), *“Legislazione governativa e d'urgenza” e crisi*, Atti del I Seminario di studi di Diritto costituzionale Unitelma Sapienza – Roma 18 settembre 2014, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, spec. 15 e segg.; A. Simoncini – E. Longo, *Dal decreto-legge alla conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 3, 2014, spec. 9 e segg., consultabile all'indirizzo internet www.rivistaaic.it.

⁸⁵ Così V. Marcenò, *L'eterogeneità delle disposizioni come “male” da elusione delle fonti sulla produzione del decreto-legge*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, consultabile all'indirizzo internet www.forumcostituzionale.it.

⁸⁶ Così la storica Corte costituzionale, sentenza n. 22 del 2012, punto n. 4.2. del *Considerato in diritto*. La giurisprudenza costituzionale più recente ha ritenuto che il vizio riguardante le norme “intruse” introdotte in sede di conversione abbia natura procedurale: «nell'ipotesi in cui la legge di conversione spezzi la suddetta connessione, si determina un vizio di procedura, mentre resta ovviamente salva la possibilità che la materia regolata dagli emendamenti estranei al decreto-legge formi oggetto di un separato disegno di legge, da discutersi secondo le ordinarie modalità previste dall'art. 72 Cost. L'eterogeneità delle disposizioni aggiunte in sede di conversione determina, dunque, un vizio procedurale delle stesse, che come ogni altro vizio della legge spetta solo a questa Corte accertare. Si tratta di un vizio procedurale peculiare, che per sua stessa natura può essere evidenziato solamente attraverso un esame del contenuto sostanziale delle singole disposizioni aggiunte in sede parlamentare, posto a raffronto con l'originario decreto-legge. All'esito di tale esame, le eventuali disposizioni intrusive risulteranno affette da vizio di formazione, per violazione dell'art. 77 Cost., mentre saranno fatte salve tutte le componenti dell'atto che si pongano in linea di continuità sostanziale, per materia o per finalità, con l'originario decreto-legge» (così Corte costituzionale, sentenza n. 32 del 2014, punto n. 4.1 del *Considerato in diritto*. Al riguardo, cfr. C. Cupelli, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge*, in *Giur. Cost.*, 2014, 505 e segg.).

prerogativa dei soli atti legislativi a contenuto provvedimentale (anzi, essa dovrebbe rappresentare un indice della qualità di tutti gli atti legislativi, siano questi ascrivibili alla classe delle comuni leggi-norma oppure a quella delle leggi provvedimento), è altrettanto vero che un decreto legge omogeneo è un atto destinato a disciplinare una specifica situazione emergenziale. L'omogeneità – si potrebbe anche dire – tende a “schiacciare” sempre più il decreto sul caso concreto che ha generato l'esigenza di un intervento emergenziale. Nel modello disegnato dall'art. 77, comma 2, della nostra Costituzione, omogeneità e contenuto *normalmente* provvedimentale rappresentano, dunque, due facce della stessa medaglia. D'altra parte, proprio la lettura in senso provvedimentale dell'istituto sembra aver ispirato il legislatore ordinario nella formulazione dell'art. 15, comma 3, della l. n. 400 del 1988, ai sensi del quale i decreti legge devono contenere non solo «misure di immediata applicazione», ma anche un contenuto «specifico, omogeneo e corrispondente al titolo».

6. I rimedi ai decreti legge contenenti norme anziché provvedimenti.

Oltre che contrario all'origine storica dell'espressione, al tenore letterale dell'art. 77 Cost. e alla funzione attribuita dalla Costituzione alla decretazione d'urgenza, l'inquadramento dei decreti legge tra le leggi provvedimento rischia di generare qualche piccolo “paradosso” argomentativo. Il riferimento è, in particolare, ai passaggi della pronuncia nei quali la Corte, negando l'eccentricità dell'intervento emergenziale, afferma la coerenza delle disposizioni censurate con il quadro normativo vigente. L'obiettivo di questi passaggi è chiaro: dimostrare che il rischio di arbitrio insito nelle leggi provvedimento non si sia, nella circostanza, realizzato. La scelta di non attivare la convenzione – osserva la Corte – non ha segnato «alcuna devianza dalle regole in tema di concessioni, e convenzioni, che disciplinano analoghe fattispecie, cosicché il pericolo di arbitrio che in esse è insito, nel caso di specie non è nemmeno ipotizzabile»⁸⁷. Analogamente, l'esclusione del

⁸⁷ Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 17.2. del *Considerato in diritto*. Infatti – prosegue la Corte - «l'intervento legislativo all'esame è espressivo del principio generale fissato, da ultimo, con l'art. 166 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), reso in attuazione della direttiva n. 2014/24/UE, secondo il quale le amministrazioni aggiudicatrici, a ciò nel caso di specie indirizzate dal legislatore, sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi. Esse, pertanto, ben possono essere obbligate dal legislatore a prediligere la via del ricorso al mercato al fine di eseguire un'opera, alla contraria opzione di esigerne l'esecuzione da parte di un soggetto che già vi sarebbe obbligato, ma che, come si vedrà, non è più reputato degno di fiducia».

concessionario dalla procedura negoziata – prosegue la Corte - «non ha affatto lacerato la trama dell'ordinamento, inserendovi disposizioni eccentriche rispetto alle regole di diritto comune che presidiano l'aggiudicazione dei lavori pubblici»⁸⁸. Riferite a scelte contenute in un decreto legge, le richiamate affermazioni suscitano qualche perplessità. Al di là del dibattito intorno alla sua natura e ai suoi presupposti, il decreto legge trova il proprio fondamento in situazioni straordinarie (dunque, non ordinarie) che richiedono apposite misure di intervento, «sul presupposto che non esistono nell'ordinamento mezzi legali predisposti allo scopo»⁸⁹. Pertanto, che un decreto legge introduca, nell'ordinamento, una deroga per un caso specifico è circostanza del tutto fisiologica, che non dovrebbe essere guardata con particolare sospetto. È del tutto coerente con la *ratio* dell'istituto fronteggiare situazioni straordinarie introducendo discipline diverse da quelle vigenti. Spesso, la deroga è il riflesso normativo della straordinarietà del caso. Di norma, più il caso è straordinario più il decreto sarà innovativo; più il caso è ordinario più il decreto sarà, invece, coerente con il contesto legislativo vigente. Pertanto, nella prospettiva emergenziale, a generare un sospetto non sono i decreti legge innovativi, bensì quelli meramente esecutivi (in senso lato) di altre leggi già vigenti. Negando l'eccentricità del decreto legge impugnato rispetto al contesto normativo, la Corte – ecco il piccolo paradosso – sembra, da un lato, giustificare un carattere strutturale dei decreti legge (il loro contenuto tipicamente provvedimentale) che, come tale, non andrebbe giustificato; dall'altro lato, stemperare – in qualche modo – una caratteristica essenziale della situazione emergenziale (la straordinarietà dell'evento) che, nell'economia di una sentenza di rigetto, andrebbe forse valorizzata.

Quanto detto non significa negare la possibilità che i decreti legge accolgano, in talune circostanze, disposizioni generali e astratte oppure meramente esecutive di altre norme o, comunque, coerenti con le disposizioni legislative vigenti. È opinione risalente e condivisa che la formula costituzionale aperta (i «casi straordinari di necessità e urgenza») permetta al Governo di adeguare i contenuti del decreto legge alla «varietà delle necessità» che devono essere affrontate⁹⁰.

⁸⁸ Così Corte costituzionale, sentenza n. 168 del 2020, punto n. 23.1. del *Considerato in diritto*. Attraverso l'esclusione – prosegue la Corte – la norma censurata «ha dato seguito alla consolidata giurisprudenza civile e amministrativa, accordandosi alle speculari posizioni della Corte di giustizia e formatasi, da ultimo, sull'art. 80 cod. contratti pubblici, reso in attuazione dell'art. 57 della direttiva 2014/24/UE in tema di contratti pubblici, che si riferisce a operatori colpevoli di «gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la [loro] integrità o affidabilità»».

⁸⁹ Così A. Morrone, *Fonti normative*, cit., 155.

⁹⁰ Cfr. C. Esposito, *Decreto-legge* (voce), in *Enc. Dir.*, Vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, 840 e segg.; A. Morrone, *Fonti normative*, cit., 156-157.

Come noto, la necessità dell'intervento emergenziale può essere tanto assoluta (in questo caso l'urgenza riguarda uno specifico provvedimento), quanto relativa (in questo caso l'urgenza riguarda, invece, l'intervento e dunque il provvedere)⁹¹: «con la conseguenza che, sia in teoria che nella prassi, è possibile che il decreto-legge disponga in via generale ed astratta, o provveda con misure individuali e concrete»⁹². Peraltro, i due contenuti non sembrano, del tutto, equivalenti. Il modello disegnato dalla Costituzione – incentrato sul legame strettissimo tra il decreto legge e uno specifico presupposto emergenziale – presuppone *di norma* il carattere provvedimentale del decreto. Quantomeno sul versante della concretezza, ciascun decreto legge dovrebbe, infatti, applicarsi solamente al caso concreto che ha reso necessario l'intervento emergenziale e non anche ad altri casi, più o meno simili. Il carattere provvedimentale del decreto legge – ecco il punto – non andrebbe inteso in senso lato, come caratteristica dell'atto, ma non delle singole disposizioni⁹³. Questo carattere andrebbe, invece, inteso in senso stretto, come caratteristica strutturale e tipica delle singole disposizioni che compongono il decreto⁹⁴.

Al contrario di quanto accade con riguardo alla legge formale ordinaria, a generare un sospetto non sono, dunque, i decreti legge aventi un contenuto provvedimentale, conformi al modello costituzionale, bensì i decreti legge che, contenendo disposizioni generali e astratte, si discostano da quel modello. Su questi decreti e non sui primi la Corte costituzionale dovrebbe svolgere un sindacato stretto di costituzionalità, per il rischio che dietro la generalità e l'astrattezza si nasconda il difetto dei presupposti di necessità e urgenza (e, dunque, un vero e proprio abuso del decreto legge). Per la presunzione generata dalla generalità e astrattezza delle disposizioni, il decreto legge contenente norme anziché provvedimenti sarebbe illegittimo non solo per l'«evidente mancanza» dei presupposti emergenziali (come costantemente affermato dalla Corte con riferimento ai

⁹¹ Cfr., ancora, C. Esposito, *Decreto-legge* (voce), cit., 840 e segg.; A. Morrone, *Fonti normative*, cit., 156 e segg.

⁹² Così A. Morrone, *Fonti normative*, cit., 156-157.

⁹³ Cfr. A. Morrone, *Fonti normative*, cit., 157 per il quale «la differenza tra decreto-legge e legge ordinaria, non sta nel contenuto delle regole prodotte (che [...] non è dirimente, visto che, in entrambi i casi, possono essere stabilite sia norme generali sia misure concrete) ma nel fatto che solo il primo, e non anche la seconda, ha natura di atto funzionale. Il decreto legge, come un provvedimento amministrativo, è un atto il cui contenuto è condizionato dai presupposti che ne giustificano l'adozione». In questo senso cfr., altresì, F. Sorrentino, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione*, in *Dir. e Soc.*, 1974, 520; C. Domenicali, *Il provvedimento-legge. La decretazione d'urgenza come potere discrezionale vincolato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, spec. 166.

⁹⁴ Cfr. M. Losana, *Leggi provvedimento?*, cit., 159 e segg.; Id., *Questioni ambientali e «amministrazione per (atti aventi forza di) legge»* (nota a *Tar Campania*, sentenza n. 1471/2016), cit., 9 e segg.; G. Bernabei, *Carattere provvedimentale della decretazione d'urgenza*, cit., spec. 302 e segg.

“comuni” decreti legge⁹⁵), ma anche per l’assenza di specifiche ragioni capaci di giustificare – nel caso concreto - la generalità e l’astrattezza dell’intervento emergenziale. Detto altrimenti, è la deviazione dal (e non certo l’attuazione del) modello di decretazione d’urgenza provvedimentale disegnato dalla Costituzione a dover essere giustificata. In questa prospettiva – e portando alle estreme conseguenze il ragionamento - si potrebbe giungere a sostenere che la generalità e astrattezza del decreto legge generi, in capo al Governo, un vero e proprio obbligo di motivazione anche formale. La motivazione – è bene precisare - non dovrebbe riguardare solamente i presupposti emergenziali del decreto⁹⁶, ma anche e soprattutto le ragioni per le quali il Governo ha ritenuto necessario affrontare quella specifica emergenza attraverso disposizioni generali e astratte, anziché provvedimenti concreti. Tra l’altro, essendo il decreto legge un atto senza dubbio *discrezionale*⁹⁷, vincolato ai presupposti emergenziali (e non “libero”, nei limiti precedentemente segnalati, come la legge ordinaria⁹⁸), la configurazione di uno specifico obbligo di motivazione formale appare, in questo caso, senz’altro più agevole⁹⁹. Condizione necessaria per la configurazione di tale obbligo è che la Corte costituzionale, rovesciando l’attuale consolidato orientamento, resista alla tentazione di riferire l’espressione legge provvedimento anche alle disposizioni contenute nei decreti legge. L’«amministrazione per legge» e l’«amministrazione per (atti aventi forza di) legge» sono, infatti, fenomeni diversi, nati in contesti diversi, che richiedono argini e strumenti di controllo diversi. La loro sovrapposizione rischia di non giovare né alla chiarificazione dei concetti, né al rigore del sindacato di ragionevolezza svolto dalla Corte costituzionale.

⁹⁵ Cfr., in particolare, Corte costituzionale, sentenza n. 171 del 2007, punto n. 4 del *Considerato in diritto*.

⁹⁶ Cfr., in tal senso, A. Celotto, *L’«abuso» del decreto legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Vol. I, Cedam, Padova, 1997, 428; G. Bernabei, *Carattere provvedimentale della decretazione d’urgenza*, cit., spec. 340 e segg.

⁹⁷ Cfr. A. Morrone, *Fonti normative*, cit., 157.

⁹⁸ Cfr. *retro* nota n. 69.

⁹⁹ D’altra parte già oggi gli schemi degli atti normativi del Governo devono essere accompagnati da relazioni tecnico-informative riguardanti non solo l’impatto della nuova normativa sull’ordinamento (è il caso dell’Analisi Tecnico Normativa – AIR), ma anche le ragioni dell’intervento normativo proposto (è il caso dell’Analisi di Impatto della Regolamentazione – AIR). Sul ruolo di queste relazioni (in particolare dell’AIR) come strumento utile, in qualche modo, alla motivazione dell’atto normativo del Governo cfr. le diverse opinioni di N. Lupo, *Spunti sulla motivazione della legge, dal punto di vista di un legislatore sempre più “vincolato”*, cit., 53 e segg.; C. Deodato, *Brevi considerazioni sui contenuti della motivazione degli atti normativi del Governo e sulla previsione della sua obbligatorietà*, in A.G. Arabia (a cura di), *Motivare la legge?*, cit., 31 e segg.; M. Picchi, *L’obbligo di motivazione delle leggi*, cit., 182 e segg.